

参議院の憲法的定位

田 中 祥 貴

－ は じ め に

現行憲法における参議院の位置づけは、決して明確ではない。憲法上、参議院は、如何にあるべきか。これは、制憲時代から論じられてきた難問の一つである¹⁾。そして、今なお、この問題に対する明確な「解」は見出せず、現行憲法における参議院の位置づけは、「謎」のままといえる。我が国で統治機構改革を論じる際に、参議院廃止論（一院制論）が主張され続けているのは²⁾、その証左といえよう。現行憲法上、参議院の存在を如何に規定し、そのために如何なる改革が必要であるのか、本稿では、これまで「謎」とされてきた参議院の憲法的定位を根本的に問い直してみたい。そして、そこから参議院が向かうべき方向性を見出したい³⁾。もっとも、参議院の位置づけのみを単独で論じることは不可能というべきで、その権限、構成、選出方法等に関わる諸問題も、相互に不即不離の關係に立っており、これらを包括的に論じる必要がある。また、議院の自律性を前提としつつも、各議院の問題は、両院相互間の關係性の中で規定される必要があり、参議院の問題は、衆議院のあり方を見据えながら、総合的な考察が加えられなければならない。そこで以下、かかる一連の諸問題について論じたい。

二 政治改革と参議院問題

(1) 現行憲法と我が国の政治改革

まず、参議院問題の所在を、現行憲法と過去の政治改革との整合性から紐解いていきたい。現行憲法は、議院内閣制を採用しているが、そこで語られてきたのは、専ら、内閣と衆議院の關係であった。これまで我が国の議会政が混迷と停滞を続けてきた原因の一つに、参議院

1) 浅井清「参議院議員選挙法」法律時報19巻3号19頁（1947年）。

2) 衛藤征士郎『一院制国会が日本を再生する』（悠雲舎、2012年）他。

3) 過去、この問題に応えるべく、さまざまな参議院改革が実施されてきた。例えば、河野謙三議長時代以降の議長の党籍離脱、1982年全国区制に代わる拘束名簿式比例代表制の導入、1986年参議院調査会の設置、1990年院内テレビ中継の開始、1997年押しボタン投票方式の導入、同年インターネットによる情報提供の開始、1998年行政監視委員会の設置、2000年非拘束名簿式比例代表制の導入等が行われてきたが、いずれも極めて穏当な内容に止まり、現行憲法の法原理上、参議院が如何にあるべきかを問い、その参議院の抜本的改革にまで踏み込んだ内容とは到底いえない。

キーワード：参議院、憲法保障、二院制、行政統制、議会拒否権

の存在を十分に斟酌せず政治改革を展開してきた過去の経緯を指摘できるのではないか。すなわち、憲法上、内閣は、その行政権の行使について、「国会」に対し連帯責任を負うが(66条3項)、この点、衆議院には、内閣不信任決議権が承認されるものの、参議院には、同種の権限は承認されていない(69条)。したがって、参議院が、問責決議を通じて内閣総理大臣等への不信任を表明した場合でも、かかる参議院の意思表示には、なんらの「法的」拘束力もなく、内閣は、専ら、衆議院からの信任に依拠する制度設計となっている⁴⁾。その結果として、憲法上、参議院の存在を積極的に規定する議論は低調であり続け、我が国の政治改革では、内閣と衆議院の関係についての議論に傾倒してきたといえる。

そして、かかる内閣と衆議院の関係については、学説上、議会に対する忠実な民意の反映という観点に専心してきた憲法学を批判しつつ、「現代の政治の現実においては、真に国政を動かしているのは、議会というよりはむしろ政府(内閣)である。そうだとすれば、民意に基づく国政を実現するには、政府にこそ民意が反映されなければならない」とし、国民が選挙を通じて政治プログラムとその実施主体(首相)を事実上直接的に決定する「直接民主制」的な議院内閣制の運用形態を志向する見解が有力に提唱されてきた⁵⁾。1990年代における我が国での一連の政治改革で目指した方向性は、かかる見解に通底する。「直接民主制」的議院内閣制の構想そのものは、民主政治の実現に向けて、實際上の政治的生を取り込んだ選択肢として、非常に魅力的な内容を有しているが、但し、参議院の意義が十分に斟酌されてきたとはいいがたく、参議院の存在を如何に位置づけるのかが、疑問として残らざるを得ない。

かように、従前、我が国では、参議院に対する関心は低調な状況にあった。ところが、近年、衆参両院における与野党の勢力比が異なる逆転現象、いわゆる「ねじれ」が生じ、参議院の存在がにわかに注目され始めた。ここでの参議院の最大の問題は、「ねじれ」時における法案議決に存する。前述の通り、1990年代の我が国における一連の政治改革が目指した方向性は、二大政党制を前提とし、国民が、国政選挙を通じて政治プログラムとその実施主体(首相)を、事実上、直接的に決定する議院内閣制の運用形態を志向するもので、ウエストミンスター・モデルを理念型とした。もっとも、ウエストミンスター・モデルは、公選制の上院を有するところではなく、そもそも我が国とは、憲法上の制度設計が異なる。かかる上院の位置づけの相違を十分に踏まえなかった結果として生じた軋みが、「ねじれ」を契機に一気に表面化したといえる。

そして、この軋みを解消するために、参議院の権限縮小論が提案されてきた。例えば、「長い任期で解散もなく『理の政治』を期待された参議院が、内閣の構成の仕方にまで大きな影響を与えるということが好ましいのかどうか、一考の余地が」とし、①「現行憲法

4) もっとも、実際には、法的にではなく政治的文脈において、1998年の額賀防衛庁長官に対する参議院問責決議の如く、当該閣僚の引責辞任に結びつく例も稀に存在する。

5) 高橋和之『国民内閣制の理念と運用』365頁(有斐閣、1994年)。

を前提に問題を考えるなら、参議院が重要法案を否決したとき、内閣は衆議院の解散により国民の判断を仰ぎ、内閣支持派が勝った場合には参議院はその結果を尊重するという慣行を確立するとか⁶⁾、あるいは、②「そのような選挙で3分の2を獲得することも必ずしも困難ではない選挙制度を導入するとかの方策を法律レベルで考える必要があろう」との提案がある⁶⁾。

確かに、ウェストミンスター・モデルを理念型とすれば、その通りかも知れない。しかし、現行憲法は、かかる制度設計を想定している訳ではない。すなわち、まず、前者①については、英国の「ソールスベリー原則 (Salisbury Doctrine)」に通底する慣行を想起させるが、英国と異なり、憲法上、衆議院と同様に公選要件が定められ、民主的基盤に支えられている参議院の意思が、なにゆえに衆議院の意思に劣位するのかという疑問が払拭し得ないとともに、直近の衆議院議員総選挙で示された民意が、参議院の行動を拘束するという発想は、あまりに現行憲法における参議院の意義を軽視するものである。さらに、後者②については、現行憲法における制度設計の範囲内での対応ではあるが、現行憲法が想定する二院制という憲法規律を意図的に溶解せしめる危険性が存する。結局のところ、現行憲法は、かような参議院の権限縮小という単純な処方策を許容し得ないのであって、おそらく、これまでの政治改革の方向性は、かかる参議院の位置づけをめぐる、修正が迫られざるを得ないだろう。

(2) 参議院と「ねじれ」国会

過去、我が国で参議院に対する認識が十分でなかった背景には、自民党一党支配が継続していた頃、参議院によって法案が否決される例は稀有であり、それゆえ、参議院をして衆議院の「カーボンコピー」と軽視してきた経緯がある。ところが、自民党の一党支配が崩れ、衆参における与野党の勢力比に「ねじれ」が生じると、参議院による法案否決によって政策決定が停滞していると批判され、にわかに、「強すぎる」参議院論が声高に叫ばれるようになった。そして現在でも、かかる状況から、参議院の権限縮小論が有力に主張されている。

しかし、かかる「強すぎる」という評価は妥当であろうか。すなわち、これまでの「強すぎる」参議院論は、特定の時期の、特定の事象を切り出し、それを一般化して論じる傾向があり、そのような一面的な評価の妥当性には疑問が残る。参議院は、国政を著しく停滞させる要因か。この点、参議院が発足した1947年第1回国会から2009年第171回国会の間において、実際に、衆議院を通過した内閣提出法案を、参議院が修正・否決・審議未了・継続審議に持ち込んだのは、全体のわずか11%に過ぎない⁷⁾。また、とりわけ「ねじれ」国会として注目された2007年から2009年の期間内において成立した法案数は、年間平均111本となる。その後の2010年から2013年までの3年間の年間平均は100本であるから⁸⁾、「ねじれ」が生じ

6) 高橋和之『現代立憲主義の制度構想』101頁（有斐閣、2006年）。

7) 竹中治堅『参議院とは何か』10頁（中央公論新社、2010年）。

8) 各年度における法令解説資料総覧の法令索引（第一法規）から集計した結果である。

た期間内において、その法案の成立数が低いという訳でもない。

もっとも、かかる評価に対して、参議院の意義を論じるには、参議院の法案審議結果が衆議院とどれだけ異なったか「数」的に分析するだけでなく、一部の重要法案が参議院によって否決された場合に、それが政治過程に与えた影響力を分析し評価するべきとの反論がある⁹⁾。すなわち、憲法上、法律案は、両議院で可決したとき法律となる¹⁰⁾。しかし、法案議決に関して、事実上、衆議院の優越が容易に認められる状況にはない。現行法上、参議院が衆議院と異なる意思（修正又は否決）を示した場合、両者の意思の不一致を解消するために、(a) 衆参両院間の回付（返付）¹¹⁾、(b) 両院協議会の開催¹²⁾、(c) 再議決¹³⁾という選択が残される¹⁴⁾。この点、「ねじれ」が生じている場合、衆参両院間の回付手続又は両院協議会の開催によって、問題の解決を図ることは現実的ではなく、結局のところ、法案成立を実現するためには、衆議院の意思を参議院の意思に優越させ得る再議決の環境を担保するほかにない。ところが、かかる法案成立における再議決要件、すなわち、衆議院において3分の2以上の議席を確保することは至難であることから、事実上、参議院は、衆議院の意思に対して拒否権・阻止権を有することとなる。結局、参議院は、政府の重要法案を否決する権限を有しており、政府は、参議院でも過半数を獲得しない限り、政権運営が困難となる場合も生じ得る。

そうすると当然に、政権与党が参議院内で過半数を獲得できていない状況では、すべての野党が反対している法案は提出できないだろうし、あらかじめ参議院での審議を通過させるために、政権与党で参議院の支持が得られる内容で法案を準備することも考えられる。さらに、参議院での与党議席を過半数にするために、連立政権を組んで対応することも現実にはあった。かかる参議院内での多数派工作のため、連立政権が組まれることを、参議院での多様な民意が国政に反映される例として肯定的に評価し、これまでに参議院の多数派を取り込むために政権与党側が参議院に配慮してきた経緯をもって、二院制の枠組みで参議院が果たすべき独自性は発揮されてきたと評価する見解もある¹⁵⁾。しかし、参議院内の多数派を連

9) 竹中・前掲注(7)10頁。

10) 法律案は、この憲法に特別の定のある場合を除いては、両議院で可決したとき法律となる（日本国憲法59条1項）。

11) 現行法上、「乙議院において甲議院の送付案を修正したときは、これを甲議院に回付する」とされ（国会法83条3項）、また、「参議院は、法律案について、衆議院の送付案を否決したときは、その議案を衆議院に返付する」と規定されている（同法84条1項）。

12) 法律案について、衆参両院の意思が合致しない場合、衆議院は両院協議会の開催を求めることができる（日本国憲法59条3項、国会法84条）。しかしながら、両院協議会の構成は、各議院で選挙された各々10人の委員でこれを組織することとされ（国会法89条）、実際には、議長がその議院の議決した意思に賛成した会派の中から、その所属議員数に応じた数の議員を指名するのが例であることから、可決派の代表と否決派の代表が折衝するため、なかなか成案を得るのが困難な状況にある。かかる両院協議会のあり方は、今後、再考の余地があることは否めない。

13) 衆議院で可決し、参議院でこれと異なった議決をした法律案は、衆議院で出席議員の3分の2以上の多数で再び可決したときは、法律となる（日本国憲法59条2項）。

14) この点、憲法上、両院協議会が「両院が終始協調の精神を以て、円満な運営に当たることを基本的性格とする機関である（今野或男「両院協議会の性格・再論」ジュリスト1045号61頁（1994年）」）ことに鑑みれば、再議決に先立ってまず両院協議会の開催が求められ、そこで調整が図られるべきであろう。

立政権に取り込み、参議院での多数派工作を図るという手法は、参議院を第2の衆議院と化することと変わりがなく、参議院の意義を没却するもので、かかる運用を直ちに肯定的に評価することは難しい。

そもそも、「強すぎる」参議院論は、衆参の「ねじれ」に端を発している。確かに、「ねじれ」時に、いくつかの重要法案の成立が停滞したことは事実であるが、しかし、現行憲法は、法案議決や首班指名等、いくつかの局面における衆議院と参議院の意思が不一致の場合の処方策を講じており、本来、衆参の「ねじれ」は、憲法上、想定範囲内の現象である。また、現行憲法上、参議院に期待された本来の機能を合理的に行使した結果、政府の政策決定が停滞したという場合にまで、「強すぎる」との否定的な評価をすべきではない。すなわち、「強すぎる」か否かの評価は、参議院の適正な憲法的定位に即した状況であるか否かに依拠すべきであって、まずは、参議院の現行憲法における位置づけを規定する必要がある。この点、およそ二院制を採用する場合、連邦制国家であれば、上院の位置づけは明確である。各州における利益を代表する機関として編成すればよい。ところが、単一国家の場合、上院に期待される役割は、各国の政治的・社会的背景の相違に基づきながら、独自のあり方が下院との関係性の中で規定されることとなる。

三 参議院の位置づけ

(1) 制憲者の意図

まず、日本国憲法に二院制を採用した制憲者の意図を振り返っておきたい。周知の通り、総司令部案では、我が国が連邦制ではない単一国家であること、代表民主制の運営にあたってその責任を一元化し得ること、行政府が立法府に対して責任を負うという場合に両者の関係を定めやすいとの理由から、一院制が採用されていた。ところが、日本政府が、多数党の横暴をチェックし、多数党が一時の考えで決めたことを「再考」するために、二院制が必要であると強く主張した結果、現在の衆参両院から成る二院制が採用された経緯がある。かかる政府見解は、参議院「之に慎重熟練の要素を盛り込む工夫をしたならば一院制の持つて居る缺點、或は又此の憲法草案に付て往々人が疑ふ所の多数黨の一時的なる勢力が弊害を起すと云ふやうなことを防止する力を持つ」という政府答弁に現れている¹⁶⁾。すなわち、一院制では、専横に陥る危険性及び議事が周到かつ合理的に判断されない憾みに対する懸念から、多数専制への抑制原理として二院制が採用されたのである¹⁷⁾。

15) 竹中・前掲注(7)328頁以下。

16) 岡田玄之三朗編著『日本国憲法審議要録』369頁以下（盛文社、1947年）。

17) 清水伸編著『逐条日本国憲法審議録（第3巻）』90頁（原書房、1976年）。なお、かつて大日本帝国憲法下でも、帝国議会の制度枠組について、「凡そ高尚なる有機物の組織は獨り各種の元素を包含して以て成體を為すのみならず、又必ず各種の機器に倚て以て中心を輔翼せざるはあらず」との認識のもと、二院制の必要性を説き、他方で、一院制の弊害として、「勢力を一院に集め、一時感情の反射と一方の偏向とに任じて互相牽制其の平衡を持する者なからしめば、孰れか其の傾流奔注の勢容易に範防を踰越し、一變して多數壓制となり、再變して横議亂政とならざることを保證する者あらむ呼。

仮に、「議案の審査熟議に必要な鄭重着實の議事法を省略することなく、常に穩當確實にして感情に走るの恐なき完全なる下院を有するものとせば、吾人は別に上院を要せざるは明白である」が、現実にはかかる完全な下院が存在し得ない以上、下院の傍に修正機能を有する上院を設置しておくことは「極めて必要と言ふ能はずとするも、非常に有用なりと言ふことが出来る¹⁸⁾」ところである。人類の歴史を振り返ってみれば、人類は実に多くの過ちを犯してきた。完全無欠な人間が存在しない以上、彼（女）らが行う国家の意思決定には慎重を期し、さまざまな異なる視点からの精査を担保すべきである。かくの如く、制憲者意図においては、参議院の意義について、民意の一時的加熱に基づく多数派の暴走を抑制するための一種の抑制機関として、また、如何なる選挙方法でも完全に民意を代表し得ない事情から、下院とは異なる民意を反映する補完機関として位置づけていた¹⁹⁾。

(2) 現代における二院制論

かかる制憲者意図については、現代にも通じる点が少なくない。例えば、我が国の主要な学説は、二院制の意義について、①議会の専制の防止、②下院と政府との衝突の緩和、③下院の軽率な行為・過誤の回避、④民意の忠実な反映を挙げたうえで、第二院の組織が、貴族院から連邦型・第二次院型へ移行するという趨勢にともない、第二院の主要な存在理由は、①、②から、③、④へと移ってきていると説明する²⁰⁾。すなわち、ここで上院を支える意義は、「下院への抑制・均衡」及び「民意の多角的反映」機能に整理できる。以下、かかる上院の機能を、下院に対する「抑制・均衡・補完」機能と総称する。

この点、判例も、我が国の二院制の趣旨につき、「議院内閣制の下で、限られた範囲について衆議院の優越を認め、機能的な国政の運営を図る一方、立法を始めとする多くの事柄について参議院にも衆議院とほぼ等しい権限を与え、参議院議員の任期をより長期とすることによって、多角的かつ長期的な視点からの民意を反映し、衆議院との権限の抑制、均衡を図り、国政の運営の安定性、継続性を確保しようとしたものと解される²¹⁾」と言及しており、上記とはほぼ同様の規範認識に立つものとして理解できる。

さらに、これらの認識は、参議院改革をめぐる意見書においても同様に語られてきた。す

此れ其の弊は却て代議の制なきの日より猶甚しきものあらむとす」とし、さらに「二院ならざれば必ず偏重を招くことを免れず」と断じ、二院制そのものは、学理及び事実に徴して、「其の不易の機関たることを結論することを得べきなり」と結論づけてきた政治的背景が看取できる（伊藤博文『憲法義解』67頁（岩波書店、1940年））。

18) ウォルター・バジヨット（吉田世民訳）『英國憲政論』173頁（興亡史論刊行會、1918年）。

19) なお、当初、政府案では、「衆議院ニ於テ引続キ三回可決シテ参議院ニ移シタル法律案ハ衆議院ニ於テ之ニ関スル最初ノ議事ヲ開キタル日ヨリ二年ヲ経過シタルトキハ参議院ノ議決アルト否トヲ問ハズ法律トシテ成立ス」と規定し、参議院の権限を法案一時停止権として構成していたところ、その後、「衆議院ニ於テ可決シ参議院ニ於テ否決シタル法律案ハ衆議院ニ於テ出席議員三分ノ二以上ノ多数ヲ以テ再度可決スルトキハ法律トシテ成立ス」との総司令部案を踏まえて、現行59条3項の再議決規定へと修正された（佐藤達夫『日本国憲法成立史（第3巻）』136頁（有斐閣、1994年））。

20) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第6版）』300頁（岩波書店、2015年）。

21) 最大判平成24・10・17民集66巻10号3311頁。

なわち、現在の我が国では、憲法上、参議院の機能として、(i) 多様な民意の反映、つまり、衆議院の任務は、民意の集約による政権の樹立にあるが、参議院は、衆議院で集約されない別の角度からの多種多様な国民意思を国会に反映させることに存在意義があるとされ、これに基づき、参議院は、政府を形成する衆議院に対して、(ii) 抑制・均衡・補完の機能を発揮することが期待される。とりわけ、(iii) 参議院は、解散もない6年任期制及び半数改選制という特徴を活かして、長期的・総合的な視点から、継続的・安定的に上記の機能を全うすることが期待されていると言及してきた²²⁾。

(3) 「数の政治」に対する「理の政治」(再考)

かかる文脈において、参議院は、如何なる視点から、衆議院への「抑制・均衡・補完」機能を果たすべきであるのか。これまでに、我が国では、衆議院機能との相関関係において、参議院機能を規定する象徴的な表現として「理の政治」という言葉が用いられてきた。かつて「日本国憲法が両院制をとる以上、すぐれた参議院を組織して、数の支配する衆議院にたいし理の支配する参議院としての機能を十分に発揮させたい」とした刑部荘の見解に代表される²³⁾。そして、今日でも、「理の政治」の体现者として参議院を規定する認識は、しばしば語られるところである。例えば、これまでに、「参議院運営の改革に関する意見書」(1971年)は、「参議院はいわゆる『良識の府』、『理性の府』として、良識あり、理性ある国政審議の場として期待されている」と言及し、また、「参議院の将来像に関する意見書」(2000年)では、「良識の府」として、「政党化などに由来する数の論理に対して、参議院は『理』を貫く立法府としての役割を重視し、この機能を活性化させる」べきとの言及がある。

ところが、かかる「理の政治」という概念が、具体的に如何なる内容から構成されるのかは、極めて不明確であることから、「良識あり、理性ある国政審議」、「『理』を貫く立法府としての役割」の意義を再解釈し、参議院の位置づけやその権限等を明らかにする必要性が改めて求められる。この点、参議院の位置づけに関しては、これまでの文脈から、衆議院には十分に反映されない長期的・総合的な視点をもって国政を捉え、一時的な民意の加熱から生じる軽率・過誤を是正する存在であるとの回答が考えられる。確かに、その通りだとしても、しかしながら、翻ってみると、憲法上、長期的民意が短期的民意に優位して、これを抑制・阻止できるとする明示的な承認がある訳ではない。また、少なくとも、憲法上、衆議院には政権創出機能が期待され、通例、衆議院による具体的政策内容は、直近の政権選択選挙としての衆議院議員総選挙において、国民の同意が得られたものである。衆議院議員総選挙において、なんら争点にもならず、公約に掲げられることもなく、民意不在の政策が、政府によって強行されるという状況であれば別論としても、なぜ、直近の総選挙で国民の同意が得られ

22) 参議院の将来像を考える有識者懇談会「参議院の将来像に関する意見書」(2000年)、参議院制度研究会「参議院のあり方及び改革に関する意見」(1988年)等参照。

23) 刑部荘「両院制」国家学会雑誌60巻11号36頁(1946年)。

た政策を、参議院が抑制・阻止することができるのか、一つの大きな疑問となろう。

仮に、衆参両院がともに、その基礎を直近の民意に置くとすれば、制度上、解散もない長期任期で半数改選による参議院よりも、解散を通じて直近の民意を調達し得る衆議院の意思が優位することになりそうである。それに伴って、参議院の権限は、民意との近接性という点から、衆議院の権限よりも相対的に劣位に置かれる結果をもたらそう。おそらく、従来型の「直近の民意」論に基づく限り、参議院が衆議院の意思を実質的に抑制・阻止するという制度設計を構築することは困難なように看取される。この点、かつて小泉政権下において、2005年郵政民営化関連法案をめぐり、衆議院が可決した法案を参議院で否決したことを理由に、衆議院を解散し国民の信を問い、その直近の民意を根拠に参議院に自制を求める論調があった。かかる論調は、従前からの「直近の民意」論を巧妙に利用したものといえる。しかしながら、常に、直近の民意が優先するならば、そもそも、二院制そのものが不要である。同様に、直近の国政選挙が参議院議員選挙であった場合に、その選挙結果を民意だと主張して衆議院に翻意を促すことも、妥当ではない。短期的民意に左右されず、合理的な審議を期待される参議院の方向性は、「直近の民意」論から離れたところに、その「解」があるというべきである。それでは、現行憲法上、参議院は、具体的に如何なる位置づけから、如何なる権限に基づき、自らの職責を果たすべきであろうか。

四 「憲法の守護者」としての参議院

(1) 参議院と憲法保障

そもそも、制憲者は、民意の一時的加熱に基づく圧政や乱政を抑制するために、二院制(参議院)を採用した訳であるが、我が国には、これに通底した重要な概念が存在する。それは、立憲主義である。すなわち、たとえ民意に依拠した政治権力であっても、その権力が濫用される危険性を認識しつつ、あらかじめ憲法規律によって、その権力行使に抑制を加える制度設計を採用している。かかる立憲主義との関係性に着目したい。もちろん、その立憲主義を支える憲法保障²⁴⁾の役割を第一に期待されるのは、現行憲法上、直接的に憲法違反を是正する権限(違憲審査権)が授けられた司法府であろう。しかし、実際には、司法府による審査機能は、付随的違憲審査制に基づき、その対象は主観的権利侵害を前提とする事件性・争訟性の要件で厳格に制約され、客観的な憲法秩序を保障するものとして設計されていない。また、司法審査の俎上に上がっても、我が国の司法府は、司法消極主義を建前とし、質的にも量的にも、政治部門の判断にはできる限り介入しない方針を堅持してきた²⁵⁾。かかる事情

24) 憲法保障とは、「最高法規である憲法の規範内容が、下位の法形式や措置を通じて端的に踏みにじられ、不当に変質させられないように統制しようとする国法上の諸々の工夫」を指称する(佐藤幸治『日本国憲法論』44頁(成文堂、2011年))。かかる憲法秩序を維持する仕組みとして、現行憲法上、事前の予防的保障に、憲法の最高法規性の承認(98条)、憲法尊重擁護義務(99条)、権力分立制の採用(41条・65条・76条)、厳格な憲法改正手続(96条)、また他方で、事後的保障に、司法府による違憲審査制(81条)が整備されている。

25) 我が国の司法消極主義については、最高裁による違憲判決の稀少さという特徴のみならず、他方で、

に鑑みると、「憲法の守護者」として司法府のみを積極的に規定することには疑問が残る。もちろん、司法府による違憲審査制を通じた憲法保障の枠組を否定する訳ではないが、これだけに依拠するのは十分ではない²⁶⁾。

しかし、現行憲法では、「客観的」な憲法秩序の保障を目的とした制度枠組やその主体について、なんら直接言及するところはない。もっとも、その沈黙は、「客観的」な憲法秩序の保障に関する制度枠組の構築を否定するものではない。むしろ、司法審査のみに依拠する現在の憲法保障の枠組を制度的瑕疵と捉え、それを補完する制度を創設する必要性は、現行憲法上でも、十分に認められるであろう。そこで、以下の可能性を検討してみたい。すなわち、通常、我が国の政治・政策を主導するのは政府（及び衆議院）であって、現行憲法上、参議院はかかる政府と一線を画する存在として位置づけられることから、少なくとも、「客観的」な憲法秩序の維持を担保し得るのは、「良識の府」として「理の政治」を期待された参議院であると考えることができないか。

ここですでに、現行憲法上、かような参議院の位置づけを許容し得るかが問題となる。如何なる憲法規定から、参議院にかかる憲法的定位を与えられるのか。この点、従前、我が国の二院制は、跛行型のそれとして理解されてきた。憲法上、予算の議決、条約の承認、内閣総理大臣の指名、及び法案の議決について、衆議院の意思を参議院の意思に優越させているからである。但し、現行憲法は、衆議院と参議院の意思が不一致の場合、予算議決・条約承認・首班指名に関しては、衆議院の意思を国会の意思とする一方で（60条2項・61条・67条2項）、法案議決に関しては、衆議院に対して、「過半数」ではなく、「出席議員の3分の2以上」の特別多数に拠らなければ、再議決を意識的に許容していない（59条2項）。さらに、憲法改正手続に至っては、現行憲法は、憲法改正案の発議に際して、「各議院の総議員の3分の2以上の賛成」を要件とし（96条1項）、完全な対等型の二院制を規定している²⁷⁾。現行憲法が、かかる単純な跛行型とはいえない制度設計を採用している事実に着目したい。すなわち、上記憲法規定の発展的解釈として、現行憲法は、少なくとも、我が国の法体系における規範定立の合理性担保について、参議院に一定の積極的役割（憲法保障機能）を想定していると解することも、理論上、十分に可能である。

統治行為論の活用によって、司法審査自体が既存の体制維持的な傾向を帯び、最高裁の違憲判決は、政治的重要性を伴わない事案にしか下されてこなかった経緯が看取できる（浦部法穂「違憲審査制の構造と機能」樋口陽一編『講座 憲法学 6』88頁以下（日本評論社、1995年））。

26) この点、「最高裁が、通常訴訟を通じて法的に憲法を保障する機能が必ずしも十分に働かず、少なくともそれが司法消極主義を脱却することは期待できない」がゆえに、大陸型の憲法裁判所の創設を主張する見解が有力に存在するが（伊藤正己『裁判官と学者の間』106頁以下（有斐閣、1993年））、但し、それには憲法改正を待つ必要があることから、現行憲法下における実現可能な選択肢を考える必要があろう。

27) なお、跛行型両院制の例外としては、皇室財産の譲渡・譲受・賜与の承認においても確認できる（日本国憲法8条）。

(2) ウェストミンスター・モデルからの修正

おそらく、今後、現行憲法を前提に、衆参の機能分化・抑制均衡を検討するならば、かかる「憲法の守護者」という方向性が、現在の参議院問題を解決する唯一の適正「解」となるだろう。もっとも、かように参議院へ「憲法の守護者」という憲法的定位を与え、我が国の立法過程における憲法秩序を保障すべく、政府が主導する法規範の形成に対して、これを監督・統制する存在として再構成すれば、必然的に、参議院と政府・衆議院との間に高い緊張関係が生じる。かかる状況において、参議院が政府・衆議院の政策を抑制・阻止する正当性は、前述の通り、「直近の民意」論とは異なる原理から構成せざるを得ない。その場合、参議院が依拠し得る理論的根拠は、憲法的権威（立憲主義）に求められることは言を俟たない。このような理解は、ウェストミンスター・モデルを志向する我が国の政治的方向性との間に矛盾を抱えることになろう。つまり、本来、国民多数派の意思に依拠した衆議院が、内閣を構成し政策を立案・決定していくという民意の正当性の連鎖から構成される一元的な政治過程を阻害する要因として捉えられる。そこで、参議院の権限を縮小すべきという議論が生起してくる訳であるが、しかしながら、現行憲法がウェストミンスター・モデルのような単純な多数代表を想定するものでない以上、単なる参議院の権限縮小論で片付けるのではなく、これまでの政治改革の方向性について軌道修正を図るのは当然である。

そして、かかる政府から一定の距離を保った参議院にこそ、長期的・総合的視座から、政府の政策を監督・統制し、現行憲法規範を擁護する合理的機能が求められるのである。かかる憲法保障機能の一翼を担うという発想は、まさに、これまでに語られてきた「理の政治」を志向する「良識の府」「理性の府」が担うべき機能とも親和性を有するところである。すなわち、参議院による憲法保障という制度構想は、現行の憲法規定、制憲者意図、学説状況、及び政治的生を踏まえて、従来の曖昧な「理の政治」論を再解釈・具体化した帰結と評価できよう。

他方で、かかる構想に対しては、憲法上、本来、「全国民の代表」として規定される参議院が、民主主義原理ではなく、立憲主義の原理に依拠した憲法保障機能を担うという理論構成の方法に、疑問が生じるかも知れない。この点、そもそも民意は、「多角形のもの」であり「複雑なもの」であるとすれば、どの角度からそれを探って参議院に反映すべきかは、憲法規定の理念を斟酌しつつ、適当なる制度を設けるほかない²⁸⁾。そして、参議院を「憲法の守護者」と位置づけ、憲法保障機能を担うための政府（行政）監督・統制権限を付与し、さらに、それに相応しい人的構成を選挙を通じて担保するという制度枠組を、国民が選択する場合、上記の構想は、民主主義原理とも、また、本質的に「全国民の代表」条項とも整合しない訳ではない。それは、主権者である国民による「選択」の問題といえよう。ゆえに、かかる参議院の再編構想には、国民のコンセンサス形成が大前提であることはいうまでもない。

28) 清水・前掲注(17)112頁（金森発言）。

(3) 議院内閣制と参議院

なぜ、政府主導の立法を監督・統制するのが、参議院の役割なのか。我が国の司法審査制度の問題については前述した通りであるが、他方で、議院内閣制の枠組において、現行憲法が、内閣と衆議院（多数派）の一体性を想定しているとする、通例、内閣と国会相互の抑制・均衡は、「与党（ないし与党連合）と野党との間での、統治機能と批判機能の分立というかたちで期待されることとなる²⁹⁾」。この点、少数政党の乱立によって連立政権を組まなければならない不安定な政治状況を前提とするなら別論としても、現在の我が国の如く、小選挙区制に偏向した（総議員定数475名中295名が小選挙区）小選挙区比例代表並立制を採用する衆議院では、一つの政党が衆議院で過半数を獲得することは比較的容易であり、また、現在の厳格な政党規律を前提にすれば、衆議院において、内閣不信任決議案を可決する又は内閣提出法案を否決するという状況を想定することは困難である。

かかる傾向は、1994年の政治改革を契機に、顕著に看取できる。すなわち、1994年の政治改革によって、小選挙区比例代表並立制が確立されると、小選挙区において政党は一選挙区に一公認候補しか立てられないため、党執行部の公認権が絶大な影響力を持ち始める。他方で、1994年の政治資金規正法の改正で企業・団体からの政治献金が規制され、政党助成金の制度化によって政治献金が政党に集中するようになると、必然的に、党執行部の政治資金配分権が大きな意味を有するようになる。当然、政府与党の党首権限は、衆議院議員に絶大な影響力を及ぼす。つまり、内閣の重要政策に、与党の衆議院議員が反対した場合、党首である内閣総理大臣は、次の衆議院議員総選挙にて、反対議員を公認しないと示唆することで、自らへの支持を取り付けることが可能となる³⁰⁾。

確かに、野党の批判機能が重要である点是否定されるべきではないが、衆議院では、単独政権であれ連立政権であれ、政党規律の厳格な政権与党が過半数を占めている以上、ここで、野党が実効的な政府統制を全うすることは、事実上、至難である。すなわち、政府の政策は、衆議院においては止まることを知らない制度設計となっている。形式上及び実質上、現在、内閣と衆議院（多数派）は完全に融合した状況にある。そうすると、内閣との抑制・均衡を保つ「国会」とは、如何に構成される概念であるべきか。内閣と衆議院（多数派）を一体のものとして捉えるならば、かかる力学とは別次元から構成されるアクターを設定するほかない。ここで翻ってみるに、現行憲法上、衆議院（多数派）に支持される内閣を監督・統制し得るアクターが存在するとすれば、それは、参議院において他にないであろう。

29) 樋口陽一『憲法入門（5訂）』142頁（勁草書房、2013年）。

30) 他方で、参議院には解散もなく任期も保障され、また、小選挙区制を採用しない参議院議員には、政府与党の党首も十分な影響力を発揮するには至らなかった。すなわち、解散がなく長期の任期を保障された参議院議員の場合、かかる解散権や公認権をもって多数派工作をすることはできないのであって、その結果、内閣の重要政策を実現していくには、参議院の多数派工作を如何に行うかが、鍵になると考えられた。

五 参議院の権限

(1) 参議院による憲法保障の枠組

憲法上、参議院は、政権創出機能を有するものではなく、常に、政府から一定の距離を保ちつつ、長期的・総合的視点から、政府・衆議院の政策を監督・統制し、法規範の合理性を担保する機能が期待されている。本稿では、それを参議院の憲法保障機能と規定する。もっとも、従前から、参議院本会議及び各委員会において、法案の憲法適合性を担保することは、形式上、当然のことである。しかしながら、これまでの参議院はしばしば政局の渦中に置かれ、かかる合理的な審議機能が十分に担保されてきたとは言い難い。今後、参議院は、「憲法の守護者」として、実質的に憲法保障機能を担うべく再構成される必要がある。では、ここで参議院が、憲法保障機能によって監督・統制すべき対象は如何なる範囲のものか。それは、端的に、政府が提出する法案及び政府が制定する命令等、法規範全般に及ぶというべきである³¹⁾。さらに、参議院が政府立法に内在する憲法問題を実効的に統制するには、如何なる環境整備が必要であろうか。

そのためには、まず、議会制定法レベルで、参議院は、これまでの委員会制度に加えて、政府立法の憲法適合性に特化して審査する「憲法委員会」を創設すべきである。ここでは、すべての法案に内在した憲法問題が精査され、憲法規範に抵触する恐れがある案件について、参議院の注意を喚起することが期待される。少なくとも、十分に開かれた議論が不在のままに憲法問題が看過され、憲法秩序が溶解するという危険は回避される必要がある。また、かかる委員会の創設は、参議院を「憲法の守護者」と位置づける制度の基軸を構成し、その「象徴」としての役割を果たすこととなろう。さらに、これまでの法案審議過程に、憲法問題のみに特化して審査する委員会を創設することで、法案に対する憲法適合性審査の質的効率性が向上することにも繋がる。

(2) 委任立法の統制

他方で、我が国の立法過程において看過できない問題が、立法権の委任である。現行憲法では、国民主権原理、そして議会制民主主義の原理を採用しつつ、その制度的担保の一つとして、国会を「唯一の立法機関」と規定している。代表民主制のもと、国家権力は、国民の同意に基礎を置く限りにおいて、国民の自由とも調和・両立し得る。しかし、現代行政国家は、政策の合理性・実効性を確保するため、行政主導に基づく法規範の定立、すなわち、行政府への立法権委任を常態化せしめ、民主的正当性を担保し得ない国家権力の創出という矛盾を抱え込んだ。そこでは、議会制定法の機能は、行政立法へのバイパス機能に傾倒し、も

31) もちろん、参議院による監視・統制対象は、その他に、条約や予算、一般行政事務等をも包摂し得るが、その範囲をどこまで拡大するかは、参議院の機能的限界や衆議院との関係等を踏まえつつ、総合的な政策判断を要する。

はや立法は、行政府が政策手段として用いる「道具」の一つと認識される。実際に、議会制定法の実体は委任立法（行政府）によって規定されており、さらに、その委任立法領域は、事実上、行政の自由裁量といっても過言ではない。かかる現状は、「治者と被治者の自同性」を担保すべき議会制民主主義に背馳する³²⁾。

この点、如何なる事情であれ、民主的統制が完全に解除された国家権力を創出し得る白地の立法権委任は、国家権力の濫用を導き、不可避的に立憲主義を崩壊させる。事実、我が国は、委任立法に関しては、戦前、1938年国家総動員法の制定による悲痛な過去を経験している³³⁾。同法の成立は、ファシズム法体制確立の画期的メルクマールであり、治安維持法による徹底的な思想弾圧と相俟って、人権抑圧という文脈において、計り知れない禍害を生起せしめることとなった³⁴⁾。かかる歴史的教訓を有しながら、程度の差こそあれ、現在の我が国で、現代行政国家を理由に、事実上、一般的・抽象的な立法権委任がやむを得ないものとして黙認されている有様は、あまりに楽観的と言わざるを得ない³⁵⁾。国会のチェックをバイパスする立法権委任という仕組が存在する以上、ここに手をつけずに、真の憲法保障はあり得ない。そこで、立法権委任を現代行政国家からの不可避的な要請としつつも、かかる憲法現実と本来的な憲法規範を整合させるための制度枠組が必要となる。

そのためには、まず、国会に、必要な付加的権限が授権されるべきである。その一つに、議会拒否権という選択肢がある。すなわち、それは、国会が自らの立法権を行政府に委任する際に、最終的決定権を国会に留保することで、「唯一の立法機関」性を担保し、かつ、当該権限委任に基づく行政裁量に対して民主的統制を確保する制度をいう。個別の授権法規定に基づき、国会には、手続的側面から委任立法の合法性（憲法及び授権法との法的整合性）を審査する権限と、実体的側面から委任立法の妥当性・有効性を審査する権限が付与されるべきである。もっとも、委任立法の専門的・技術的規範という特徴や、行政府主導の法規範

32) 委任立法の問題は、自律的統治を求める「民主主義」原理と矛盾衝突するだけではない。法の執行機能を担う行政府が、日常的に、法の定立機能を担うことで、「権力分立」原理の憲法規律をも溶解させ、また同時に、民主的「法」に基づく国家経営に違背して、「法の支配」原理をも崩壊させる。

33) 国家総動員法1条では、「本法ニ於テ国家総動員トハ戦時（戦争ニ準ズベキ事変ノ場合ヲ含ム以下之ニ同ジ）ニ際シ国防目的達成ノ為国ノ全力ヲ最モ有効ニ發揮セシムル様人的及物的資源ヲ統制運用スルヲ謂フ」と規定され、同法は、戦時（戦争に準ずる事変を含む）に際し、国防目的の達成に向けて、国家の全力を最も有効に發揮せしめるよう、国内の人的及び物的資源全般を統制・運用するための法律であった。

34) 国家総動員法では、「戦時ニ際シ国家総動員上必要アルトキハ勅令ノ定ムル所ニ依リ」という極めて抽象的な文言によって、政府が、国防目的達成のために「勅令」で自由に、国内すべての人的・物的資源を戦時体制に動員することを可能とした。その統制対象は、労務・物資・資金・物価・企業・動力・運輸・貿易・言論など臣民生活の全分野に及び、政府命令の違反者には厳格な刑事罰で臨んだ。同法の目的は、戦時体制に向けて、迅速かつ柔軟な行政運営を可能ならしめるため、行政権を法的拘束から解放することに存した（詳細は、拙著『委任立法と議会』7頁以下（日本評論社、2012年）参照）。

35) かかる問題認識は、決して過去のものではない。例えば、大規模自然災害時（3.11）の如く、行政命令が議会制定法を改廃する場合もある。本来、「想定外の事態は、その性質上、法秩序も予定していないものであるから、『法律による行政』の忠実な執行は、事態の適切な解決にとって妨げになるばかりか、かえって有害である場合もあり得る」（石川健治「緊急事態」法学教室372号7頁（2011年））。かかる緊急事態に際して、如何に取り組むべきであるのか、真摯な検討が必要であろう。

制定という過程に鑑みると、事実上、ここでも中心的な役割は、政府から一線を描く「憲法の守護者」たる参議院に期待せざるを得ない。そこで、手続的審査に関しては、参議院内に、委任立法の手続的審査を所管する専門委員会として「委任立法委員会」を創設する、又は、現行の行政監視委員会の所管事項にその任務を追加すべく改組するという方法が考えられる。他方で、実体的審査に関しては、その授權法を所管した既存の委員会が担当するというのが合理的であろう³⁶⁾。これらの制度改革を通じて、法律レベル及び行政命令レベルでの憲法保障が担保されることとなる。

六 参議院の構成

それでは、かかる「憲法の守護者」たる参議院の構成は、如何にあるべきか。この点、現行憲法では、「両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する」(43条)と規定するのみで、参議院の構成について、「全国民の代表」であること、及び「選挙」によること以外には、とくに明らかにされていない。この点、公選制を所与のものとし、また、現代政党国家現象を斟酌すれば、「参議院が全体として『政党化』することは、必然的といわなければなら³⁷⁾」ず、「議院内閣制をとる日本国憲法の下で、文字通りの『非党派的議院』を構想することは現実的とは思われない³⁸⁾」という認識から、「参議院が参議院らしく政党化する³⁹⁾」ことを主張する見解がある。但し、議院内閣制や参議院公選制という枠組から、直ちに、参議院の政党化が不可避のものとして、論理必然的に結合される結果であるかについては疑問の余地があり、「『政党化』を公選制や議会制民主主義で正当化して、参議院も当然政党政治で組織・運営されるべきだ」という議論は、余りにも固定化した一面的主張⁴⁰⁾」との見解が踏まえられるべきであろう。

蓋し、参議院改革において肝要なことは、党派性を可能な限りで抑制することへの配慮、少なくとも、特定の党派が参議院内で過半の勢力を占めないことへの配慮であろう。たとえ、個々の議員が如何に高い見識を有しようとも、それらが所属政党の厳格な党議拘束の前に埋没してしまう状況は、合理的ではない。また、特定の党派が、参議院内で過半の勢力を獲得した場合、それが、政権与党であれば、参議院は衆議院の追認機関に墮し、逆に、野党であれば、衆議院での政権獲得をめぐる熾烈な闘争が、そのまま参議院でも展開される。そして、後者の場合、国会全体が政局の渦中に置かれ、合理的な妥協も調整も果たし得ない状

36) さらに、憲法保障という文脈からは、施行後の政府立法を事後的に監視・評価する附属機関の創設(オンブズマン的機能も含む)も有意義である。これには、例えば、現行の総務省行政評価局を参議院へ移設する方法が考えられる。

37) 樋口陽一他『(注解)法律学全集3) 憲法Ⅲ』37頁(青林書院, 1998年)。

38) 只野雅人「二院制における参議院の役割」法律時報72巻2号23頁(2000年)。

39) 樋口・前掲注(37)。この見解は、そのために「(イ)参議院の政党別の勢力分布が衆議院のそれとかならずしもつねに一致するのではないような状況が作り出されること、および、(ロ)同一の政党であっても、参議院の会派が、一定の自律を保つような政党のあり方が成立すること」を求めている。

40) 小林直樹『憲法政策論』287頁(日本評論社, 1991年)。

況が生起し、政策決定が停滞する傾向が看取される。これは、如何にも不合理である。したがって、参議院では、一つの党派が本会議の審議を支配し得ない党派的均衡が求められよう。つまり、参議院の構成を考えるに際しては、参議院も立法機関（政治機関）である以上、参議院内の完全な党派性排除を要求することが現実的ではないとしても、なお、参議院内の党派性を可能な限り抑制する努力は、やはり肝要である。

七 参議院議員の選出方法

（1）党派性の抑制

現行憲法上、参議院議員の選出方法は、「選挙」を前提とする。通常、国民の代表者を選出する選挙は、民意を議会に伝達する装置として理解されるが、「民意というものは平面的に存在するのではなく、むしろ立体構造で存在」し、「立体的であれば、切り取る面により得られる像は変わって」くるものだとすれば⁴¹⁾、参議院には、民意のどの側面が映し出されるべきであるのか、また、それに合目的的な選挙制度は如何にあるべきであろうか。この点、現行選挙制度の見直しに際しては、単に一部の選挙区の定数を増減するといった弥縫策では足りず、二院制に関する憲法の趣旨や参議院の果たすべき役割・機能を捉えて、抜本的に「現行の選挙制度の仕組み自体の見直しを内容とする立法的措置を講じ」る必要があるというべきである⁴²⁾。

現行の参議院議員の選挙制度には、幾つかの重大な問題が併存する。まず、近年、多くの批判を受けた「ねじれ」問題も、そもそも現行の選挙制度にその一因がある。すなわち、現行の選挙制度では、衆議院議員総選挙については小選挙区比例代表並立制が採用される一方で、参議院議員選挙については選挙区選出制及び比例区選出制から構成されている。しかし、参議院議員選挙の選挙区は、47都道府県のうち32県が2人区で、4府県が4人区だが、半数ずつの改選であるから、事実上、小選挙区制に近接している。そうすると、特定政党が各議院内でまとまった議席を獲得することは比較的容易となるため、各選挙の時差が、衆参の勢力比に「ねじれ」を生じさせる要因となる。また他方で、現行制度では、衆参両者の選挙制度に明確な相違を見出すことが困難であり、両院の構成が酷似することは不可避となる。その結果、衆議院と参議院の実質的な機能分化を期待し得ず、参議院の存在意義を希薄化させる問題が生起する。殊に、衆参の機能分化の不在は深刻な問題である。

この点、我が国は議院内閣制を採用しており、衆議院は、政権創出機能とともに、また、その存立基盤を維持する機能を果たすこととなる。かように、政権の創出・維持機能を与えられた衆議院の場合、その選挙では政権の帰趨を争うという側面が否めない以上、国民の政治選択によって政権創出を担保し得る多数代表制に基づいた選挙制度となるのが親和的であろう。もちろん、議院内閣制の場合、衆議院では政党を基礎とした活動が原則となり、政権

41) 高橋和之『『国民内閣制』再論（下）』ジュリスト1137号92頁（1998年）。

42) 最大判平成24・10・17民集66巻10号3357頁。

の座をめぐって与野党間の対立は熾烈なものとならざるを得ない。但し、かかる衆議院における与野党間の政権闘争を参議院に持ち込むことは、前述した参議院の位置づけに鑑みて、適切ではない。それらを前提にすると、今後、参議院議員選挙について、憲法上の制約に配慮しつつ、さらに、党派的影響を抑制し、参議院で客観的かつ合理的な審議を担保するためには、如何なる選挙制度が採用されるべきか。

おそらく、参議院議員の選挙制度の方向性としては、これまでの議論を前提とする限り、明治憲法時代における貴族院でもその存在意義を発揮した無党派の有識者議員、或いは、現行憲法施行当初の参議院で一時的に現出した緑風会構成議員のような人物の選出を可能にする選挙制度がよいであろう。まさに、この点が難問といえる。すなわち、「参議院議員の選挙制度改革の難しさは、衆議院議員の選挙と同じ公選制（憲法15条3項、43条、44条）の枠内で、参議院の役割を担いうる人材を補給できる選挙制度を案出しなければならないことにある。広く国民一般を基礎に自由な選挙が行われる以上、参議院議員選挙においても政党・政派が人材供給の中心となるのは、いわば『社会学的必然』（宮澤）であり、『政党化』という抗し難い流れのなかで、参議院の役割を果たすにふさわしい『非党派的』な『有為』の人材を確保する選挙制度が考案されなければならないからである⁴³⁾」。

（2）参議院と選挙制度

（a）完全比例代表制

かかる文脈において、以下、いくつかの選択肢を検討してみたい。まず、完全比例代表制を採用すれば、参議院内の党派的な多様性が担保され、特定の党派が参議院内で過半数を獲得することは困難となる。これは、特定の党派が参議院を支配する状況を回避するという意味では、利点がある。但し、参議院内における党派性そのものの抑制という観点からみれば、そもそも比例代表制は政党をベースにした制度設計であり、逆に、党派性を促進してしまう傾向が否めず、合目的的ではない。また、憲法規律に鑑みても、無所属候補者の立候補が認められないという点で、憲法上、許容し得ないであろう。

（b）地域代表制

これまで参議院改革の方向性として、①地方公共団体（都道府県）の地域代表として、又は、②職能代表として再構成する案が、しばしば有力に主張されてきたので、若干触れておきたい。まず、これらは、「全国民を代表する」参議院議員の性質と整合的とはいえない。すなわち、地域代表制については、我が国が連邦制国家であるなら別論であるが、現状はそうではない。たとえ、「都道府県が歴史的にも政治的、経済的、社会的にも独自の意義と実体を有し、一つの政治的まとまりを有する単位としてとらえ得る」事情に照らし、参議院に

43) 高見勝利『現代日本の議会政と憲法』105頁（岩波書店、2008年）。

「事実上都道府県代表的な意義ないし機能を有する要素を加味」することが認められるとしても⁴⁴⁾、それは憲法上の直接的要請ではなく、あくまでも、全国的施策を決するにも各地域の実情を反映する必要性から導かれる国政に対する補完的要素の一つに過ぎず⁴⁵⁾、参議院を「全国民の代表」と規定する現行憲法上、完全な地域代表とすることまでが許容されるとは考えられない⁴⁶⁾。

(c) 職能代表制

他方で、職能代表制については、地域代表制と同様に「全国民の代表」条項との整合性が問題となる。すなわち、そもそも我が国では、すべての国民が職能的に区分されている訳ではなく、また、社会がその職能的区分によって統制されている訳でもない。そうすると、どの職能集団から、どの程度の数を代表選出するのかという選択に際して、公平な職能代表を担保することの技術的困難性の問題が致命的となる。さらに、職能代表制では、無業者は国会に代表者を有し得ないことにもなる。他方で、「代表」という概念を職能代表という観点から捉えることに、原理上、妥当性の問題がある。すなわち、職能代表を想定する場合、個人を、単に、その職業的、専門職的、又は、経済的利益という観点から定義することになるが、果たしてその理解は妥当といえるか、疑問である。例えば、ある教師は、単に、職業区分上、教師であるだけではなく、私的領域では、誰かの、父親又は母親であり、息子又は娘であるかも知れない。さらに、サッカーファンで、旅行家で、慈善活動家という側面を有する場合、かかる要素の一つが、彼（女）にとって、教師であるというアイデンティティよりも重要である可能性は否めない。結局のところ、職能代表という選択肢は、いかなる方法論を採用しようとも、克服し得ない現実上及び原理上の問題に直面せざるを得ないのである⁴⁷⁾。

(d) 間接選挙制

かつて宮澤俊義は、複選制（準間接選挙）の合憲性を否定しながらも、他方で、間接選挙については、その合憲性を支持している⁴⁸⁾。しかし、米国の大統領選挙の例に鑑みると、間接選挙の実際上の効果には、疑問が残る。蓋し、間接選挙は、結局、時間と手間を二重にかけるのみで、直接選挙の延長線上に位置づける結果となるだろう⁴⁹⁾。そうでなければ、選挙人団が一般有権者の意向を無視して、一般有権者の意向に沿わない人物を選出する危険性が

44) 最大判昭和58・4・27民集37巻3号345頁、最大判平成8・9・11民集50巻8号2283頁、最大判平成10・9・2民集52巻6号1373頁、最大判平成16・1・14民集58巻1号56頁他。

45) 最大判平成10・9・2民集52巻6号1373頁における反対意見は、さらに、今日では「通信、交通、報道の手段が著しく進歩し、全国的に展開した」事情から、「参議院議員選出の仕組みに都道府県代表的要素を加味することの必要性ないし合理性は縮小した」とも評価している。

46) 長谷部恭男『憲法（第6版）』345頁（新世社、2014年）同旨。

47) See also, Royal Commission on the Reform of the House of Lords, *A House for the future*, para. 11.25 (Jan. 2000).

48) 宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂 日本国憲法』355頁（日本評論社、1978年）。

49) 土橋友四郎「参議院の存在理由に付いて」公法研究10巻76頁（1954年）同旨。

存する。複選制の場合は、さらにその危険性が高まる。宮澤がいかなる制度設計を具体的に想定していたかは不明であるが、憲法上、参議院の「公選」要件からは、有権者が直接候補者を選択し得ない間接選挙を許容することは困難である。

(e) 候補者推薦制の可能性

そこで、最後に、候補者推薦制を検討したい。具体的には、公的な推薦機関によって⁵⁰⁾、政党無所属の「有識者⁵¹⁾」を中心に、定数2倍程度の候補者名簿を作成ののち⁵²⁾、それに基づき、それぞれの選挙区で⁵³⁾、有権者が議員を直接選出するという制度枠組が考えられる。但し、候補者推薦制には否定的な学説が有力に存する⁵⁴⁾。それは、まず、純粋な国民選出ではない事情から、「公選」要件に抵触するという趣旨と捉え得る。憲法上、候補者推薦制を採用するには、この「公選」要件との整合性が問題となる。この点、憲法93条2項では、地方選挙制度について「地方公共団体の住民が、直接これを選挙する」と規定し、「直接」選挙の要件を定める一方で、憲法43条では、「両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する」と規定するのみで、「直接」選挙の要件が意図的に外されており、国政選挙では、「公選」要件が緩和されるものと解釈し得る⁵⁵⁾。そこから、間接選挙制まで許容し得るかは、憲法上の「公選」要件との整合性について疑問が残るが⁵⁶⁾、間接選挙制や複選制とは異なり、候補者推薦制については、たとえ、候補者が公的機関による推薦に依拠したとしても、最終的な議員選出の機会を有権者が担保する限りで、少なくとも、これは直接選挙であることに相違なく、憲法上、ただちに違憲と評価されるべきものではない。

他方で、憲法上、候補者推薦制は、国民の「被選挙権」、「結社の自由」、及び「平等権」との関係でも問題となり得る。まず、被選挙権については、現行憲法に明文規定はないが、判例上、憲法15条1項の選挙権と表裏一体の関係に立つものと解され、憲法上の基本的人権として保障されている⁵⁷⁾。また、結社の自由については、憲法21条1項「結社の自由」の文脈に、「政党」を結成する自由を位置づけることができ⁵⁸⁾、延いては、特定の公職の候補者

50) この点、参議院は政府統制機能を担うべきという文脈から、かかる候補者推薦機関は、政府から独立した機関として構成することが不可欠である。なお、参議院の自律性確保という観点から、機関そのものは、参議院内に設置することが望ましい。

51) ここでいう「有識者」とは、単に、特定分野の「専門家」という趣旨ではなく、幅広く多様な問題に対して、適確な批判能力を有し、客観的かつ論理的な考察ができる人物を想定している。

52) 参議院議員の定数については、別途議論が必要であるが、本稿の文脈では、参議院は多様な民意を忠実に国会へ反映する性質の機関ではないので、現行定数より大幅に削減することも許容されよう。

53) 現行憲法の基本原理は、すべての有権者が政治的価値において平等であることを所与の前提としているので、議員定数の不均衡問題を解消すべく、選挙区は大規模ブロック制が望ましい。但し、候補者推薦制議員の定数によっては、全国一区制も採用し得る。

54) 芦部信喜『憲法と議会政』305頁（東京大学出版会、1971年）、佐藤功「参議院制度はいかにあるべきか」時の法令96号10頁（1953年）。

55) かかる憲法43条及び93条の解釈から、現行憲法上、国政選挙については、間接選挙制も許容されるとする見解もある（佐藤功『（ポケット註釈全書）憲法（下）[新版]』640頁以下（有斐閣、1984年））。

56) 宮澤・前掲注(48)参照。

57) 最大判昭和43・12・4 刑集22巻13号1425頁。

を推薦し、支持する自由が認められる。さらに、平等権については、憲法44条で、「議員及びその選挙人の資格は、法律でこれを定める」としつつも、「但し、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって差別してはならない」と規定している。かかる国民の主観的権利を侵害しないかが問題となる。

確かに、憲法上、かかる主観的権利が保障されるとしても、それは決して無制約なものではない。また、現行憲法は、「議員の資格」(44条)及び「議員の選挙」(47条)については「法律でこれを定める」としている。したがって、かかる権利の一部が法律によって規制されたとしても、結局は、その法的規制の枠組が国会に与えられた合理的な裁量権の範囲を逸脱するか否か、立法裁量の合理性の問題に帰結する。この点、判例上、「両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の広い裁量にゆだねて」おり、「国会が新たな選挙制度の仕組みを採用した場合」には、「憲法上の要請に反するため国会の右のような広い裁量権を考慮してもなおその限界を超えており、これを是認することができない場合に、初めてこれが憲法に違反する」と捉えてきた⁵⁸⁾。かかる広い立法裁量論に鑑みると、完全にこれら国民の主観的権利を認めない場合は別論としても、その一部を制約するに止まる場合は、直ちに憲法違反とはいえないであろう。そこで、候補者推薦制と通常型選挙制との混合型が考えられる。では、どの程度までの制約を想定し、各々の制度から選出される議員の割合を如何に設定するかであるが、参議院を特定の党派が支配する状況を回避するという文脈からは、少なくとも、半数程度は推薦制による選出議員が占める必要がある。ゆえに、通常型選挙制による選出議員は、全体の半数程度に止めることとなる。かように、前述した合理的な目的にそって、国民の主観的権利を一定程度で制約するものに止まる限り、候補者推薦制は、あくまでも直接選挙の形態をとるものであるから、その合憲性は安易には否定し得ないはずである⁶⁰⁾。

八 結びにかえて

二院制における上院の役割は、通常、下院との相関関係の中で、各国の政治的・社会的背景に基づき、規定される。我が国も例外ではない。もっとも、その方向性は、「上院が下院と一致するなら、無用であり、下院に反対するならば、それは有害である」という上院への消極的評価を克服し得るものでなければなるまい。衆議院と同様の審議を繰り返すのみの参議院、又は、自身が政局の渦中に置かれ国政を停滞させるのみの参議院では、その不要論(一院制論)は払拭し得ない。今後、我が国の参議院が、従来の評価と決別し、「無用」でも

58) 最大判昭和45・6・24民集24巻6号625頁、東京高判昭和59年9月25日判例時報1134号87頁。

59) 最大判平成11・11・10民集53巻8号1577頁。

60) なお、候補者推薦制自体について、個人の被選挙権等の諸権利はなんらの制約にも服することなく、真に自由な権利行使が担保されなければならないという批判があり得るが、しかし、現行法上においても、被選挙権の適正年齢(公選法10条1項2号)、比例代表における名簿制(公選法86条の2、86条の3)、供託金制度(公選法92条)等による制約が許容されており、結局は、やはり当該法規制の合理性の有無が問われることになるだろう。

「有害」でもない存在として再構成されるには、本稿の提案が一つの選択肢となろう。前述の通り、本稿の提案は、参議院の将来的展望として「憲法の守護者」を見据え、選挙で示される断片的・一時的な民意に依拠した政府権力が憲法規律から逸脱することを阻止すべく、憲法規範に依拠しながら、政府立法を客観的かつ合理的な視点から監督・統制できる「政府（行政）統制の院」として参議院を再構成せんとするものである。政府権力が、自らの政治的思惑に基づき、社会全体の合意がいまだ存在しない重要政策を強引に実現させようと試みるとき、或いは、多数派の民意に依拠して少数派の憲法上の利益（人権）を不当に制約するとき、政府から一線を画する参議院がこれを統制する責務を負う。本稿では、かかる参議院の位置づけの妥当性を、憲法規定、制憲者意図、学説状況、及び政治的生の現状から紐解いてきた。

加えて、本稿は、参議院の目的・権限・構成・選出方法を相互に不即不離の関係に立つ考慮要素として捉え、①参議院の目的（憲法保障）実現に向けて、②参議院内に、法律の憲法適合性審査に特化した「憲法委員会」、及び、行政命令の憲法・授權法との適合性を審査する「委任立法委員会」を創設すること、③併せて、参議院に新規の付加的権限（議会拒否権）を授權すること、さらに、それらを実効化するために、④参議院議員の半数程度が政党無所属の有識者から構成されること、⑤かかる構成を実現する選出方法としての候補者推薦制までを包括的に提案しつつ、参議院の将来構想を措定する。もちろん、参議院内で、憲法保障を基軸に組織を再構成するとのコンセンサスが形成され、自然と、党派的影响を抑制し合理的審議が実現されるなら、④、⑤の制度化は不要である。本来、それが道理かも知れない。しかし、厳格な党議拘束に基づく政党政治を「常識」とする現在の参議院でこれを期待することは難しい。また、④、⑤の要素に関しては、主権者である国民のコンセンサス形成が大前提である。ゆえに、これは国民による「選択」の問題に帰結することから、今後、国民的議論の成熟を待つ必要もあるが、やはり、我が国の参議院がその性質に馴染まない政局（党派対立）に巻き込まれない制度の構築は、不可避というべきである。そのために、現行憲法上、我が国の政治・政策を主導する政府から一線を画する参議院が、党派対立から距離を置きつつ、客観的な憲法秩序を担保する「憲法の守護者」として存在するという構想は、他に代え難い意義を有する。また同時に、個々の参議院議員は、かかる文脈において、憲法保障を担う存在として、党派的影响を受けず、憲法と自らの良識のみに基づき、客観的で合理的な審議を担保することが期待される。この点、本稿の提案は、特定の党派が参議院を支配する状況を回避し、また、それによって、事実上、これまでの参議院で克服し得なかった党議拘束の弊害をも、併せて除去するものである。これは、参議院改革にとって、極めて大きな成果をもたらす。かかる成果を通じて、特定の党派の支配から解放された参議院は、あらゆる案件に対して是々非々の姿勢で臨むことが可能となり、客観的かつ合理的な審議を全うすることで、真正の「良識の府」「理性の府」への再構成を実現することとなろう⁶¹⁾。

(2016年7月5日受理)

61) 本稿は、拙稿『『憲法の守護者』としての参議院』浦部法穂先生古稀記念論集『憲法の理論とその展望』(信山社、近刊予定)所収に加筆修正を施したものである。また、本稿の執筆に際しては、桃山学院大学2015年度特定個人研究費の助成を受けた。

Constitutional Position of the House of Councilors

TANAKA Yoshitaka

What should the House of Councilors be under the Constitution? This has been one of the most difficult problems under our constitution since its establishment. It is such a thorny problem that we cannot resolve it at present. This research attempts to provide the proper answer concerning it. Of course, the constitutional position of the House of Councilors should be prescribed in correlation with the House of Representatives on the basis of the characteristics of the political and social background of the country in question.

This research concludes that the House of Councilors should be a guardian of the Constitution, which can control the government from the perspective of protecting the constitutional discipline. If the government forces through its policy without any public agreement, nobody but the House of Councilors cannot stop its forcible passage. The House of Councilors is therefore responsible for supervising and preventing the government from overstepping its own authority. This research explains the validity of such a position of the House of Councilors in light of the text and the original intent of the constitutional law, the constitutional theory, and the actual political life.

And then this research describes that the House of Councilors should establish such new committees as the constitution committee and the delegated legislation committee, and be provided with such new power as the legislative veto, with which the House of Councilors can veto any problematic delegated legislations made by the government, for protecting the constitutional norms. Furthermore, more than half of the members of the House of Councilors should be non-partisan. In order to establish such a composition, we have to fundamentally transform the current electoral system. And in all probability, a recommendation system for candidates who are non-partisan and knowledgeable would be suitable for this purpose. When these reforms are put into practice, the House of Councilors will become the genuine “House of Common Sense”.